

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa / School of Business and Economics



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA



CATÓLICA
LISBON
B/SINESS & ECONOMICS

O controlo intersocietário: o conceito jurídico-societário de “*influência dominante*”, em especial nos termos do Art. 486.º do Código das Sociedades Comerciais.

André Filipe Marcos

Sob orientação da Professora Rita Amaral Cabral

Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão

Lisboa, Agosto 2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa / School of Business and Economics

O controlo intersocietário: o conceito jurídico-societário de “*influência dominante*”, em especial nos termos do Art. 486.º do Código das Sociedades Comerciais.

André Filipe Marcos

Sob orientação da Professora Rita Amaral Cabral

Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão

Lisboa, Agosto 2017

Pelo incentivo, disponibilidade e generosidade, à Professora Rita Amaral Cabral.

Pela força e dedicação, a ti.

Pela paciência, aos eternos amigos.

Por tudo, à minha família.

Abreviaturas e Siglas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

Art. – Artigo

Anot. – Anotação

Arts. – Artigos

Ed. – Edição

N.º – Número

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

p. – Página

pp. – Páginas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Índice

Introdução.....	4
Da empresa individual às potências plurisocietárias.....	5
Dos primórdios da actividade empresarial moderna à exploração societária	5
A Emergência de Empresas Plurissocietárias	7
O regime jurídico português do controlo intersocietário	10
Um regime deficitário	10
Na busca de um conceito de controlo.....	13
Domínio directo, domínio indirecto, domínio conjunto.....	15
A influência dominante relevante	19
Instrumentos de exercício de influência dominante	24
As presunções de domínio.....	24
O poder de voto como instrumento de domínio por excelência.....	26
Participação maioritária no capital da sociedade	27
Acordos parassociais de voto – o sindicato de voto.....	29
Disposições Estatutárias.....	29
Da relevância das relações fácticas de domínio para um conceito jus societário de influência dominante	30
Conclusão	35
Bibliografia.....	36

Introdução

Entende-se que a tarefa de selecção e delimitação do tema de uma dissertação no âmbito de um mestrado deve dirigir-se em torno de uma questão que, ao longo do percurso académico até então percorrido, tenha cativado o interesse do mestrando. Esse interesse poderá derivar, quer da complexidade da questão que se pretenda aprofundar, quer da existência de aspectos desse tema que careçam de uma racionalização mais atenta, por parte da ciência em estudo.

A relação de domínio intersocietário, prevista no ordenamento jurídico português, apresenta um universo caracterizado por esses dois factores: uma realidade económica complexa, de difícil apreensão para o direito positivo, e um conjunto de questões que fundamentam a especial atenção dos estudiosos da ciência do direito, para a sua resolução.

Pretende-se com a presente exposição abordar o domínio de sociedades por sociedades, previsto na legislação societária portuguesa, com vista, nomeadamente, à delimitação das situações por ele abrangidas.

Nesse sentido, revela-se imperativo explorar, num primeiro momento, as origens da prática do controlo intersocietário, e as suas motivações, por forma a compreender os interesses por ele visados, e o fundamento da sua consagração no âmbito das legislações societárias dos vários ordenamentos jurídicos. Num segundo momento procurar-se-á analisar o regime jurídico português, de modo a perceber a forma pela qual o legislador dá resposta ao fenómeno em análise, e avaliar a sua aptidão para tutelar os vários interesses em jogo.

De seguida, e com o intuito de dar resposta à questão levantada, analisar-se-ão os conceitos societários consagrados na previsão legal daquela realidade, tendo em especial atenção o conceito da “*influência dominante*” e as suas características. Uma vez realizado esse estudo, estarão reunidas as condições para a abordagem dos instrumentos geradores de um domínio intersocietário de relevo, tendo em especial atenção os mecanismos previstos nas suas normas disciplinadoras. Finalmente, e por se entender que uma análise do âmbito de um determinado instituto, apenas fica completa com o confronto de situações-limite, é com a apreciação de hipóteses equiparadas, mas à partida excluídas daquele âmbito, que se procurará finalizar a presente exposição, aferindo, dessa forma, a sua relevância nesta sede, e o caminho a percorrer pelo sistema jurídico-societário português na sua previsão e regulação.

Da empresa individual às potências plurisocietárias

A empresa¹, entidade económica, jurídica, social e até mesmo cultural de maior relevo para o direito comercial, senão mesmo para toda a ciência económico-jurídica, “*constitui uma instituição fundamental dos tempos modernos*”². Como centro de imputação de actividades de risco, a empresa é, por um lado, um instrumento essencial para a criação de valor económico, e por outro, uma potencial origem de perdas irreparáveis para quem nela investe a sua riqueza, para aqueles que lhe concedem crédito, para os que lhe vendem a sua capacidade laboral, em troca de uma retribuição, e até mesmo, para os que comprem os seus produtos e serviços.³

Uma vez que a actividade empresarial representa, essencialmente, uma actividade de risco, o dever de suportar esse risco deverá, em princípio, recair primordialmente na esfera de quem retira os benefícios económicos da sua exploração. Assim, aquele que procura o lucro – objectivo primordial da actividade empresarial – deverá assumir, em primeiro plano, as perdas resultantes dessa exploração. Embora a fórmula pareça elementar, ela seria adequada a dar resposta à problemática apresentada, não tivesse a economia e a estrutura da actividade empresarial, ao longo dos séculos, crescido tão profundamente na sua complexidade.

Dos primórdios da actividade empresarial moderna à exploração societária

A economia dos séculos que antecederam a revolução industrial de finais do século XVIII foi marcada por uma actividade predominantemente artesanal e mercantil, onde uma miríade de agentes económicos individuais pares entre si, actuavam no mercado. O mundo económico tinha, assim, como personagem central a empresa individual, detida e explorada pelo comerciante singular. A sua actividade apresentava grande simplicidade, caracterizada por ter ao seu dispor meios financeiros escassos, com uma estrutura rudimentar, mantida por uma força laboral reduzida, usualmente composta pelo comerciante e o seu agregado familiar, relacionando-se com um número reduzido de parceiros económicos, com o propósito de servir

¹ Empregamos aqui o conceito de *empresa* em sentido lato, na acepção de Paulo Olavo Cunha (OLAVO CUNHA, 2010, p. 53), de empresa como a “*organização autónoma e intencional de meios (humanos e materiais), apta à realização de uma finalidade útil*”, sendo a *actividade empresarial* o seu objecto, prosseguido em vista, nomeadamente, à *obtenção do lucro*.

² (ANTUNES J. E., 2013, p. 15).

³ (ANTUNES J. E., 2005, p. 188).

mercados locais cuja procura era maioritariamente estática.⁴ Sendo a economia caracterizada pela existência maioritária de empresas singulares, em que nenhuma autonomia jurídica existia entre o proprietário e a entidade empresarial, a solução supra referida era inteiramente capaz de dar resposta aos riscos da sua actividade: o empresário-proprietário era ele próprio inteiramente responsável pelas consequências do seu negócio, respondendo com o seu património pessoal pelas dívidas resultantes da sua exploração comercial.

A revolução industrial, iniciada em Inglaterra nos finais do século XVIII e inícios do séc. XIX, e as mudanças profundas que desencadeou nas várias áreas da sociedade, fundamentaria a mudança de paradigma em que assentavam os alicerces da economia, e bem assim da actividade empresarial. Factores que influenciaram essas transformações vão desde o panorama cultural, com diferenças na forma de olhar a usura e o dinheiro e na evolução da circulação de valores pecuniários, à significativa quebra da percentagem de analfabetos e ao crescimento demográfico, motivadas pela revolução agrícola e pelo rápido progresso técnico. A isto, acresceu um grande aumento da disponibilidade de capitais, fruto da exploração do comércio colonial e a proliferação da propriedade fundiária, que determinaram a expansão do sistema bancário. Simultaneamente assistiu-se à instauração de uma ordem liberal, assente numa lógica da livre iniciativa, na concorrência, na liberdade contratual, na busca do máximo lucro e na aceitação do risco.⁵

A passagem do sistema artesanal para o industrial, exigiu às unidades económicas um maior volume de capital, que assegurasse a respectiva sobrevivência e a expansão que lhes era imposta. Esta mudança de modelo na organização empresarial pressupôs um investimento e uma complexidade de gestão crescente, que não estava ao alcance do sistema artesanal e dos comerciantes individuais. Entra-se, nas palavras de Medina Carreira “*numa fase de gigantismo empresarial, acompanhado de sinais de concentração tentacular e absorvente em diversos ramos da actividade económica*”⁶.

Nesta nova economia caracterizada pela concentração, o domínio económico das pequenas empresas individuais desapareceu, para dar lugar a um número cada vez mais reduzido de grandes empresas monopolísticas. A exploração das grandes estruturas colectivas deixou de caber a uma pessoa física ou singular e passou a competir a uma pessoa jurídica: a sociedade comercial ou empresa societária. Surgiu, assim, a criação de uma técnica jurídica inovadora

⁴ (ANTUNES J. E., 2002, p. 32).

⁵ (CARREIRA, 1992, p. 7ss.).

⁶ (CARREIRA, 1992, p. 16).

de organização da empresa, capaz de proporcionar a estrutura legal necessária ao funcionamento desta nova realidade económica.

Por um lado, esta organização jurídica permitiu ao mundo empresarial dar resposta às novas exigências financeiras, proporcionando uma concentração massiva de capitais, que nunca estaria ao alcance do empresário individual. Por outro, a pessoa colectiva societária trouxe profundas vantagens jurídicas: ao passo que, a exploração da empresa individual, fazia recair sobre o seu proprietário a totalidade do risco (sendo responsável com todo o seu património pessoal pelos riscos da actividade desenvolvida), na empresa explorada por meio de uma sociedade comercial de responsabilidade limitada, o risco da exploração era parcialmente transferido para aqueles que consigo se relacionavam (sócios, credores, clientes, trabalhadores...). Sem entrar a fundo nas demais, e expressivas, vantagens económicas e jurídicas da criação da sociedade comercial como instrumento de exploração empresarial, pode dizer-se que a sua existência, nomeadamente na forma de sociedade anónima, levou a que inúmeras vezes se afirmasse tratar-se “*da maior invenção dos tempos modernos*”⁷. Numa palavra, a sociedade comercial foi a entidade que apresentou uma “*aptidão única para institucionalizar juridicamente os imperativos financeiros, organizativos e jurídicos inerentes à dinâmica concentracionística desse mesmo sistema*”⁸. Esta aptidão valeu à figura da sociedade comercial a forma por excelência de exploração da actividade empresarial. Hoje, “*as sociedades comerciais são a estrutura típica da empresa nas economias de mercado*”⁹.

A Emergência de Empresas Plurissocietárias

Mas este sistema económico concentracionístico, sedimentado nos finais do século XIX e marcado pela proliferação de empresas exploradas por entes colectivos com autonomia jurídica, haveria de complexificar-se com a emergência da globalização da economia. À semelhança das anteriores transformações do sistema económico, também esta foi motivada por razões de natureza política, social e tecnológica, que conduziram a uma internacionalização da actividade empresarial, que antes se limitava a universos locais e nacionais. Tudo isto, “*veio confrontar os actuais operadores económicos com a necessidade*

⁷ Palavras de N. BUTTLER, antigo reitor da Universidade de Columbia, EUA, (citado por ORNHAL, Georges, “*Limited Liability and the Corporation*”, p. 42. Tradução livre, no original: “...the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability corporation”).

⁸ (ANTUNES J. E., 2002, p. 37).

⁹ (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 14).

de concorrerem no quadro de um mercado único – o mercado mundial –, respondendo a uma procura eminentemente global – através da implantação multinacional das respectivas operações – e mutável – através da capacidade de renovação permanente da respectiva oferta”¹⁰.

Registaram-se, no decorrer do século XX, transformações económicas e sociais que expuseram o tecido empresarial a imperativos cada vez mais exigentes. Estes revelaram as limitações estruturais e organizativas da empresa unisocietária para fazer face às novas necessidades do novo mercado global: o crescimento que era exigido às empresas, inicialmente atingido pelas várias formas de expansão interna (e.g. aumentos de capital), revelou as suas insuficiências, dados os inerentes limites financeiros, organizativos e legais de uma estrutura unitária. Perante tais restrições, as empresas viram-se forçadas a procurar estratégias alternativas de crescimento, direccionadas para um processo de expansão externa.

Assim, ao invés de crescer dentro dos seus limites estruturais (*concentração primária*), a empresa ultrapassou as fronteiras da organização societária, adquirindo participações ou celebrando acordos, que conferem o controlo de outros entes e organizações (*concentração secundária*). Esse fenómeno ocorre, quer em empresas que se situam no mesmo segmento de mercado (com vista, por exemplo, ao aumento da quota de mercado, sem atentar contra normativos concorrenciais), a montante e a jusante desse segmento (por forma a, por exemplo, diminuir os custos de produção ou de distribuição, aumentando as margens de lucro), ou em empresas situadas noutros mercados (possibilitando, nomeadamente, o aproveitamento das sinergias e do “*know-how*” existente, em mercados em que a falta de conhecimento especializado seria um entrave à expansão).

Expressão deste movimento concentracionista é o controlo intersocietário e a formação de grupos de sociedades: unidades económicas empresariais, onde empresas que mantêm a sua personalidade e autonomia jurídica, sujeitam-se a um centro de decisão comum e a um interesse económico alheio. As motivações para uma sociedade dominar outra, são vários, quer de índole económica e financeira, quer de índole administrativa. Nas palavras de Luís Brito Correia¹¹, esses motivos passam, por exemplo, por um “*mais fácil acesso a matérias-primas da sua indústria ou mercadorias do seu comércio; para eliminar um concorrente; para aumentar a sua quota-parte no mercado de certo produto; para adquirir tecnologia*

¹⁰ (ANTUNES J. E., 2002, p. 39).

¹¹ (CORREIA, 1988, pp. 392, nota 9ª).

mais eficiente ou fazer economias de escala; para diversificar as suas actividades e assim reduzir os riscos de crise no seu único sector inicial; porque é mais barato comprar 50% das acções da sociedade do que comprar 100% da fábrica e respectivos equipamentos; porque pode ser a filial a obter financiamentos a longo prazo em condições que a adquirente não consegue obter; para dar autonomia aos vários sectores de actividade, mantendo controlo sobre o conjunto, etc...”

Em face da proliferação do controlo intersocietário na economia, desde meados do século passado, esperava-se do legislador a formulação de um normativo adequado, capaz de regular eficazmente esta realidade, quer relativamente ao nascimento dos grupos de sociedades, quer no tocante à sua administração, fiscalização, e financiamento, e adequado a tutelar as relações internas e externas aos mesmos. Esta não é, contudo, a realidade. E a incompletude ao nível legislativo, coexiste com um pensamento comum aos vários atores do direito, nomeadamente aqueles que com essa realidade trabalham diariamente. Citando Tom Hadden¹²:

“Os advogados de empresas continuam a escrever e a falar como se a sociedade individual e independente, com os seus accionistas, administradores e trabalhadores, fosse a regra. Na realidade, a sociedade individual deixou de ser a forma de organização mais significativa desde 1920s e 1930s. O mundo comercial de hoje é dominado por complexos grupos de sociedades, quer nacionais, quer internacionais”.

O problema gerado pela falta de uma disciplina jurídica ajustada à realidade do controlo intersocietário, circunscrita às normas gerais aplicáveis à sociedade individual, centra-se na diferença de interesses prosseguidos entre as duas técnicas de exploração empresarial. Se tradicionalmente, o direito das sociedades comerciais assenta na perspectiva da independência da sociedade comercial, detida por um grande número de pequenos sócios, que delegam o exercício da gestão societária em administradores independentes, com vista à maximização dos lucros societários, no caso do controlo intersocietário a realidade adquire contornos diferentes. Quando o domínio de uma sociedade passa a ser exercido por um ente jurídico movido por um interesse económico externo ao da sociedade controlada, o recurso a esse domínio societário será exercido com vista à prossecução dos seus próprios objectivos comerciais, em prejuízo do interesse próprio da sociedade controlada.¹³ Ocorre, assim, a

¹² (HADDEN, 1984, p. 271), tradução livre, original em inglês.

¹³ Nas palavras de Engrácia Antunes, “a síndrome do cavalo de tróia” (ANTUNES J. E., 2002, p. 109ss.); no mesmo sentido, ainda que com uma análise bastante diferenciadora, Ana Perestrelo de Oliveira, e o “conflito de grupo” (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 17ss).

desvirtuação da sociedade controlada, enquanto entidade autónoma e independente, sendo necessária uma resposta do direito que tutele eficazmente os interesses daqueles que nela investem a sua riqueza, *maxime*, os restantes sócios e credores, e que podem ver a sua posição jurídica e económica enfraquecida. Por outro prisma, uma segunda função do direito nesta matéria, prende-se com a protecção dos interesses envolvidos da própria sociedade dominante: apenas através da institucionalização dos instrumentos jurídicos que permitam o exercício do poder de controlo, é possível legitimar o exercício desse controlo¹⁴, sem atentar contra os imperativos gerais do direito societário tradicional.

O regime jurídico português do controlo intersocietário

Um regime deficitário

Uma primeira tentativa de regular no ordenamento jurídico português o fenómeno do controlo intersocietário surgiu com a sistematização deste domínio na sua consagração no DL n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969 sobre fiscalização de sociedades anónimas¹⁵. Numa época que antecedeu a autonomização de uma disciplina societária comercial, o legislador português, em face do peso crescente daquela realidade, previu normativamente a relação de domínio de sociedades por sociedades. Do regime consagrado no pretérito Art. 39º do referido diploma, apreende-se que as relações de domínio então relevantes eram as decorrentes de uma aquisição de participações que conferissem à sociedade dominante uma maioria de votos nas assembleias gerais¹⁶, e a influência dominante adquirida por vínculos contratuais. Embora meritória, esta incursão do legislador português estaria destinada ao fracasso, dada a escassa utilidade prática do regime legal. Assim, para além do seu limitado âmbito de aplicação, verificava-se uma ausência completa de consequências jurídicas relacionadas com aquela previsão legal. Como facilmente se entende, um instituto jurídico, cujo regime se limite a elencar as condições da sua aplicabilidade, sem subsequentemente estatuir as necessárias consequências legais que balizem eventuais abusos ou irregularidades, está inevitavelmente condenado ao fracasso.

¹⁴ (GRAÇA TRIGO, 1991, p. 47).

¹⁵ Para uma análise crítica e detalhada do pretérito normativo vide (Ventura, 1979, p. 16).

¹⁶ Como Afirma Medina Carreira, (CARREIRA, 1992, p. 39), e ao contrário da norma homóloga actual, no âmbito daquele preceito apenas relevava o domínio directo e imediato, excluindo-se, assim, o domínio indirecto vertical.

O legislador societário de 1986, com a autonomização e sistematização de um direito das sociedades comerciais, individualizou a relação de domínio (ou controlo) intersocietário, como uma das formas de coligação entre sociedades, ao lado da relação de simples participação, das participações recíprocas e da relação de grupo. A previsão legislativa destas realidades intersocietárias contem-se no Título VI do Código das Sociedades Comerciais (doravante designado por “CSC”), nos seus Arts. 481.º a 508.º F, sob a epígrafe “*sociedades coligadas*”.

O âmbito de aplicação do regime jurídico das Sociedades Coligadas é limitado, nos termos do Art. 481.º, em dois planos: por um lado, e no plano formal, o n.º 1 da norma consagra que aquele regime se aplica apenas “*a relações que entre si estabeleçam sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por acções*”; por outro, e já no âmbito espacial, a sua aplicação cinge-se apenas a “*sociedades com sede em Portugal*”, salvo as excepções previstas nas suas als.¹⁷.

De todo o normativo relativo às coligações societárias, o instituto que mais incertezas causa ao intérprete é o da relação de domínio intersocietário, previsto no Art. 486.º CSC. De forma idêntica aos trabalhos do legislador dos ordenamentos vizinhos, também o legislador português haveria de autonomizar a figura do controlo intersocietário. Assim, nas origens desta norma terão estado a lei alemã das sociedades anónimas, o projecto europeu da Nona Directiva das Sociedades Comerciais, e a Proposta de Lei *Cousté* francesa¹⁸. Apesar desta inspiração, as experiências de direito comparado não foram seguidas pelo legislador nacional em dois planos¹⁹: primeiro, a existência de um controlo intersocietário, e da respectiva influência dominante, não faz presumir a existência de um grupo de sociedades (ainda que de facto)²⁰, o qual apenas existe, nos termos do CSC, nos casos de domínio total (Art. 488.º CSC), de contrato de grupo paritário (Art. 494.º CSC), e de contrato de subordinação (Art. 493.º CSC). Por outro lado, o CSC não associa à situação de domínio intersocietário um regime jurídico completo (à semelhança do que acontece para a relação de grupo criada pelo

¹⁷ Para uma análise crítica das referidas limitações vide Engrácia Antunes, in “*O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas*”. (ANTUNES J. E., 2002)

¹⁸ Face à extensão e delimitação do presente trabalho, excluiu-se uma análise detalhada da figura do controlo intersocietário no âmbito do direito comparado. Para uma análise comparatística, vide (ANTUNES J. E., 2002, pp. 272-275, e em especial 445-448); e (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, pp. 49-106).

¹⁹ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2009, anot. 1-6).

²⁰ Para uma análise sobre as razões da exclusão de situações de facto, do conceito legal de grupo, vide a incursão de Eliseu Figueira (FIGUEIRA, 1990, pp. 47-48).

contrato de subordinação), associando-lhe apenas escassas consequências jurídicas e dando assim causa a importantes lacunas e questões nesta matéria²¹.

Não cabendo no escopo da presente exposição uma análise detalhada ao regime jurídico aplicável às relações de controlo intersocietário, diga-se apenas, que os poucos efeitos jurídicos específicos aliados à verificação da existência deste tipo de relação de coligação, se resumem a uma proibição genérica de a sociedade dependente subscrever e adquirir acções ou quotas da sociedade dominante (cfr. Arts. 487.º, 325.º-A e 325.º-B CSC); e a um dever de publicitação do instrumento de domínio (Art. 486.º, n.º3). Assim, à relação de domínio gerada pela participação da sociedade dominante em até 90% do capital da sociedade dependente, não é aplicável o regime previsto nos Arts. 488.º a 508.º-F sobre direitos dos sócios livres, responsabilidades para com os credores das sociedades dependentes, responsabilidade por perdas nessas mesmas sociedades, direito de dar instruções à sociedade dominada, e responsabilidade dos membros dos órgãos de administração da sociedade dominante e das suas dependentes. Esta ausência de regulação jurídica é assim potenciadora de um enorme desequilíbrio entre o direito e a realidade a que fazemos alusão. Verifica-se, desta forma, a omissão de uma *“qualquer tutela preventiva ou sucessiva das sociedades em relação de domínio, bem como dos respectivos sócios externos ou credores – diferentemente do que sucede nas relações de grupo – não obstante a situação de perigo, potencial ou real, decorrente da susceptibilidade ou até efectividade da situação de controlo”*²².

Perante a falta de soluções legais específicas, os princípios e as normas gerais do direito das sociedades comerciais têm, neste domínio, plena aplicação. Nestes termos, e acima de tudo, a sociedade dominante está vinculada a exercer o seu controlo intersocietário, com o respeito pela prossecução dos interesses da sociedade dependente (Art. 64.º CSC). Assim, a falta de um regime específico próprio, tem desde logo a consequência de *“não poder relevar o interesse do grupo para efeitos do apuramento do interesse social”*²³. O exercício do domínio societário, *maxime*, expresso no direito de voto exercido na tomada de deliberações em

²¹ Nas palavras de Raúl Ventura, (VENTURA, 1994, p. 117), *“Entendeu-se que a relação de domínio só por si não permite à dominante dar instruções, em qualquer sentido, à dependente e, por outro lado, considerou-se bastante o disposto no Art. 83.º sobre a responsabilidade do sócio dominante”*. Em sentido diverso, Ana Perestrelo de Oliveira (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012), pugna pela criação de um regime completo, assente no princípio da lealdade, em que a relação de domínio seria a figura central do direito dos grupos, e em que, nas suas palavras faria *“coincidir a realidade económica com a realidade jurídica, evitando situações de “hipocrisia”, em que tendem a viver os grupos de facto, os quais se multiplicam, mesmo na ausência de base normativa que confira legitimidade à direcção unitária”*.

²² (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2009, Anot. 9, vide ainda Anot. 16, 17, 18, 19).

²³ (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 610).

assembleia geral (como adiante se demonstrará), terá de se alinhar com o interesse social da sociedade dominada, sob pena dessas deliberações serem anuláveis por *abuso de maioria* (Art. 58.º, n.º 1, b) CSC) e de a sociedade dominante incorrer em responsabilidade civil (Art. 58.º, n.º 3 CSC)²⁴.

A estes efeitos acresce o imperativo de a sociedade que exerça domínio sobre outra estar submetida aos princípios gerais relativos, nomeadamente, à protecção do património da sociedade dependente (Art. 31.º ss.); às regras gerais sobre responsabilidade dos membros dos órgãos de administração (Art. 72.º ss); aos preceitos sobre a responsabilidade solidária do sócio maioritário pelo exercício de uma influência prejudicial (83.º, n.º 4). A frequente inadequação destas normas gerais para regularem o fenómeno do domínio intersocietário, e para tutelarem os interesses em jogo, cria soluções reveladoras da falta de coerência e de eficiência prática deste regime jurídico, que muitas vezes constituem um incentivo para a criação de grupos de facto²⁵, nos interstícios das lacunas legais, que se subtraem à aplicação das normas que disciplinam os grupos de sociedades. Este estado de coisas, leva a uma verdadeira desvalorização dos grupos de direito, muito por causa da falta de vantagens para a sua constituição. Com afirmava Engrácia Antunes²⁶ em 2008, a prova desta situação de divergência entre o direito e a realidade é que desde que a lei foi criada, nenhum grupo de direito, de base contratual, havia sido criado.

Na busca de um conceito de controlo

À análise do regime relativo às consequências específicas associadas a uma relação de controlo intersocietário, acresce e antecede a difícil tarefa de identificação das situações em que esse controlo existe. Da leitura do n.º 1 do Art. 486.º CSC decorre que aquilo que aparenta ser uma definição legal (do que se entende por uma relação de domínio) envolve um complexo exercício interpretativo. Na letra da norma, duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer uma *influência dominante*, sobre a outra, dita dependente. Assim, em vez de consagrar uma noção legal de domínio societário, o

²⁴ Na legislação societária alemã, por exemplo, é permitido o exercício de uma influência dominante em sentido prejudicial aos interesses da sociedade dominada, mediante uma compensação das desvantagens individuais provocadas. Para um olhar atento sobre o regime jurídico alemão relativo aos grupos de facto, vide (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 63ss.).

²⁵ Para uma análise sobre a distinção entre grupos de direito e grupos de facto, vide (ANTUNES J. E., 2002, p. 73ss.); também com relevância para o tema, (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 136ss.).

²⁶ (ANTUNES J. E., 2008, p. 26).

legislador pressupõe, para se aferir das situações em que uma relação dessa índole exista, um trabalho valorativo de determinação do escopo de um conceito indeterminado: a *influência dominante*. Para auxílio do intérprete, o n.º 2 do referido artigo consagra algumas presunções legais que procuram ultrapassar a indefinição conceptual do seu n.º 1, ao consagrar (alguns dos) instrumentos capazes de conferir a aquisição de uma influência dominante. A análise dos factos, consagrados como determinando essas presunções, e fora delas, e a sua função, serão tratados em momento próprio.

São várias as razões que se considera terem levado o legislador a adoptar esta técnica legislativa. Desde logo, e como se viu, as relações jurídicas que o normativo pretende regular, referem-se a uma realidade pré-existente, mas em constante mutação. Assim, e nas palavras do inolvidável Professor Baptista Machado, “*A ordem jurídica... precisa de se abrir às mudanças das concepções sociais e às alterações da vida trazidas pela sociedade técnica – isto é, precisa de adaptar-se e de se fazer permeável aos seus próprios fundamentos ético-sociais*”²⁷. Além disso, como adiante veremos, a influência dominante pode ser criada mediante uma enorme diversidade de mecanismos, quer de natureza societária, quer de natureza contratual, quer de natureza “meramente” económico-fática, podendo assumir variadas formas e graus de intensidade. Tudo, impossibilitando uma enumeração taxativa dos instrumentos de domínio intersocietário²⁸, e dificultando a tentativa de apreensão conceptual da relação de domínio, ao ponto de até já se ter afirmado que o controlo societário é um fenómeno exclusivo do mundo da economia, impossível de ser reconduzido a um conceito jurídico²⁹. Assim, a solução legislativa de conceptualização da dependência intersocietária mediante a utilização de um conceito indeterminado justifica-se para “*permitir a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular... e...à mudança das situações*”³⁰

“*Surge assim a influência dominante como conceito central para a qualificação e caracterização de uma relação intersocietária como de domínio*”³¹. Nestes termos, o primeiro trabalho do intérprete é o de proceder ao preenchimento valorativo do conceito de influência

²⁷ (Machado, 2006, p. 113).

²⁸ Nas palavras de Engrácia Antunes, (ANTUNES J. E., 2002, p. 484), “*um numerus clausus deixaria sempre às sociedades dominantes a possibilidade de iludirem a lei, canalizando o seu domínio sobre as respectivas dependentes através de instrumentos ou meios não tipificados pelo legislado*”.

²⁹ Como é notado por Engrácia Antunes (ANTUNES J. E., 2008, p. 23), existem autores que afirmam que “*a variedade de técnicas de obtenção de controlo é tal que é impossível encontrar um denominador comum para esta realidade. Razão pela qual se excluiu o conceito de controlo do mundo dos conceitos jurídicos, e se coloca junto da categoria alargada dos conceitos de facto*” (tradução livre, original em inglês)

³⁰ (Machado, 2006, p. 114).

³¹ (DIAS, 2014, p. 80).

dominante, por forma a obter os instrumentos necessários para a análise dos meios capazes de conferir esse domínio.

Como afirma a doutrina mais autorizada³², o conceito de influência dominante deve ser concebido como um conceito funcional, “*servindo de base para a elaboração de uma disciplina jurídica de protecção das sociedades, em caso de exercício sobre elas, real ou potencial, de influência dominante por outra ou outras*”³³. Este preenchimento valorativo não pode ser alheio aos interesses visados pelas normas que o consagram, estando, assim, subjacente à definição que procuramos, a tutela dos interesses da sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e dos seus credores, mas igualmente os interesses dos sócios minoritários das sociedades dominantes e dos seus credores³⁴, aquando da intromissão de uma sociedade no grémio social de outra.

Nesse trabalho valorativo, seguir-se-á de perto os ensinamentos de Engrácia Antunes³⁵, procurando delinear quais as características principais de uma influência dominante jus societariamente relevante, nos termos do Art. 486.º CSC, sem, contudo, deixar de notar o contributo daqueles que na ciência do direito nacional se debruçaram sobre a matéria, e conferir à exposição uma apreciação valorativa própria, crucial para um entendimento prático e eficaz da matéria estudada.

Domínio directo, domínio indirecto, domínio conjunto

Antes de avançarmos para a valoração característica da influência dominante, importa denotar que, conforme é possível retirar da própria letra do citado Art. 486.º, existem várias modalidades dessa influência. Assim, está-se perante um controlo intersocietário, quer este seja exercido directamente pela sociedade controladora, quer indirectamente por interposição de uma terceira sociedade, localizada na esfera de controlo da primeira.³⁶ Ao contrário do

³² (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, pp. 106-109); (ANTUNES J. E., 2002, p. 453, nota 864).

³³ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 106).

³⁴ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2009, anot. 34).

³⁵ (ANTUNES J. E., 2002, pp. 454-481). De facto, a obra do Professor Engrácia Antunes, demarca-se nesta matéria, sendo os seus ensinamentos seguidos pela grande maioria daqueles que a abordam. (A título de exemplo vide, (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 604); (DIAS, 2014, p. 79ss.)).

³⁶ O n.º 1 do Art. 486.º remete expressamente para a solução, também aplicável às sociedades em relação de simples participação e de participações recíprocas, consagrada no Art. 483.º, n.º 2:

“À titularidade de quotas ou acções por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior:

- a titularidade de quotas ou acções por uma outra sociedade que dela seja dependente, directa ou indirectamente (situação de dependência prevista no Art. 486.º CSC);

domínio directo, em que a sociedade dominante dispõe em nome e por conta própria de instrumentos geradores de influência dominante sobre a sociedade dependente, numa situação de domínio indirecto, essa influência é criada graças à mediação de terceiros sobre os quais esse controlo é exercido, e que por sua vez dominam a sociedade dependente.

Uma solução legislativa que não previsse esta forma de controlo, apresentaria o risco claro de sociedades que pretendessem obter um domínio de facto, subverterem a aplicação deste regime jurídico, mediante a simples detenção de participações societárias numa sociedade dominada, por outra sociedade, sua controlada. Assim, “*o legislador procura alcançar aqui o conceito material de domínio, de modo a evitar fraudes ou desvios à lei através de interpostas pessoas*”³⁷.

Note-se ainda que, como nos explica Engrácia Antunes³⁸, “*a existência de uma influência indirecta por parte da sociedade dominante, não elimina nem absorve a simultânea influência directa exercida pelo terceiro interposto*”. Nestas situações em que existe um “*concurso (aparente)*” de domínio, quer o directo, quer o indirecto relevam em termos de aplicação do regime jurídico societário. No mesmo sentido, Ana Perestrelo de Oliveira refere que “*o domínio indirecto concorre, mas não substitui nem elimina o domínio directo, aplicando-se, nos vários níveis da cadeia de domínio, o regime jurídico respectivo*”³⁹. Assim, as consequências jurídicas associadas a uma relação de domínio (a que supra aludimos) aplicam-se quer à sociedade mãe que indirectamente (por interposto da sua filha) exerça a sua influência sobre a sociedade neta, como à sociedade filha que exerça directamente essa influência.

Estas relações indirectas de domínio reconduzem-se ao vasto leque de situações em que é possível identificar uma relação de domínio plural. Exemplificam-se dois modos em que o mesmo pode actuar:⁴⁰

- ou com ela esteja em relação de grupo (situação da existência de um grupo de direito – quer pela existência de um domínio total – Art. 488.º CSC – quer pela existência de um contrato de grupo paritário – Art. 492.º CSC – quer pela existência de um contrato de subordinação);

- e de acções de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades” (“*trata-se de situações comuns de interposição de pessoas, de mandato sem representação ou de gestão de negócios*”), (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 812).

³⁷ (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 604).

³⁸ (ANTUNES J. E., 2002, p. 482).

³⁹ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2017, p. 43).

⁴⁰ Seguindo de perto o exemplo de Cecília Xavier, in (XAVIER, 1993, p. 589).

- a) Num primeiro grupo de casos, imagine-se uma sociedade A (sociedade mãe) que é dominante da sociedade B (sociedade filha), a qual por sua vez é dominante da sociedade C (sociedade neta). Existe aqui a criação de uma cadeia de domínios, em que existe o domínio directo de A sobre B e de B sobre C, e um domínio indirecto de A sobre C (“domínio indirecto independente”). São estes os casos de *domínio plural vertical*.
- b) Num segundo grupo de casos, A possui uma participação em C, não suficiente para a criação de uma relação de domínio. No entanto, A é dominante da sociedade B, que por sua vez possui uma participação na sociedade C. Assim, somando-se a participação que A possui em C directamente, com a participação que A possui em C indirectamente (através da participação de B em C), ocorre uma relação de domínio entre A e C (“domínio indirecto dependente”)⁴¹. Estar-se-á perante um caso de *domínio plural horizontal*.

Os casos em que existe um domínio plural vertical são, como vimos, expressamente reconhecidos pelo legislador, ao consagrar a remissão para o Art. 483.º, n.º 2 CSC. Trata-se da garantia da aplicação do regime legal a situações em que técnicas comerciais óbvias poderiam ser utilizadas para obviar a tal aplicabilidade.

Situação diversa e de enorme relevância prática (uma vez que a letra da lei nada esclarece sobre a respectiva admissibilidade) é a que corresponde às situações de domínio plural horizontal. Nestas, uma determinada sociedade é, de forma estável, dominada simultaneamente ou conjuntamente por duas outras sociedades juridicamente autónomas e independentes entre si. Nestes casos, ao contrário de uma relação bilateral de domínio, a direcção dos destinos negociais da sociedade dominada é fraccionada e partilhada por duas entidades.

A relevância prática do domínio plural nesta sede parte, desde logo, e como se viu, da previsão legal de certas relações de domínio plural vertical, o que é em si revelador da anuência da lei a excepções de uma conceptualização bilateral de domínio. Depois, e de modo semelhante à *ratio* da previsão dessa forma de domínio plural, a aceitação do domínio plural horizontal (ou domínio conjunto) é imperativa de modo a enfrentar os riscos inerentes ao exercício de um controlo intersocietário, para a sociedade dependente e os que com ela se

⁴¹ Para uma interessante exemplificação das formas de domínio, directo e indirecto, sob uma perspectiva contabilística, vide (GONÇALVES DA SILVA e ESTEVES PEREIRA, 1991, p. 348).

relacionam. Assim, “*a ratio do preceito e os interesses que visa proteger tanto têm aplicação no domínio isolado como no domínio conjunto concertado*”⁴². Tem, assim, forçosamente de ser indiferente se o controlo é exercido de forma individual por uma sociedade, ou concertadamente com outra(s) sociedade(s). Imperativo é aferir se existe entre duas ou mais sociedades, que isoladamente não dispõem de um poder de controlo, uma coordenação suficientemente intensa (uma *concertação*), que lhes garanta a existência de uma verdadeira influência dominante, nos termos supra analisados⁴³. Por outras palavras, essencial à existência de uma verdadeira influência dominante conjunta é “*que as sociedades-mãe (co-dominantes) hajam assegurado, de modo duradouro e estável, um exercício coordenado e unitário dos respectivos direitos sociais no quadro dos órgãos sociais*”⁴⁴.

No exemplo b) supra, uma vez que a sociedade mãe A controla a sociedade filha B, o exercício dos direitos sociais de ambas na esfera da sociedade neta C será definido unicamente pelas orientações emanadas da Sociedade A. Assim, embora o seu controlo da sociedade C, esteja (objectivamente) dependente de outra entidade, e portanto exista um domínio conjunto, no caso concreto verifica-se que é apenas de si que depende o exercício da influência na sociedade C, pelo que não apresenta dúvidas a existência de uma coordenação suficientemente intensa das suas influências.

No entanto, casos há em que se verifica a existência de um domínio plural horizontal, partilhado por duas sociedades não participadas entre si. Esses casos, geradores de um controlo intersocietário conjunto, podem ser originados por um vasto leque de instrumentos de obtenção desse controlo. Entre os quais, se evidencia o contrato de *grupo paritário*, através do qual se cria um verdadeiro grupo de sociedades (de direito), no qual os membros estão afectos a uma direcção económica unitária; as hipóteses em que sociedades que detenham participações numa outra sociedade celebram um *acordo parassocial* pelo qual estabelecem regras de actuação dos órgãos deliberativos ou administrativos uniformes e concertadas; e o caso da criação de uma *sociedade gestora de participações sociais*, que na veste de mãe das sociedades suas participadas acorda a gestão das suas várias actividades, para que o controlo de todas, numa sociedade terceira, seja feito de forma unitária e concertada.

Ainda que se conclua pela relevância, quer do domínio directo, quer do indirecto e do conjunto, importa, desde já, excluir das formas admitidas em que o controlo é exercido de

⁴² (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 605).

⁴³ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2009, anot. 23).

⁴⁴ (ANTUNES J. E., 2002, p. 550).

forma plural, as hipóteses de *co-influência*. Falamos das situações em que o exercício de influência dominante, por parte de uma sociedade, está dependente da anuência (e, portanto, do controlo) da própria sociedade dominada. Neste tipo de casos não se poderá antever um verdadeiro domínio, uma vez que este pressupõe, inevitavelmente, a *impotência* da sociedade dominada em acatar as directrizes da dominante⁴⁵.

A influência dominante relevante

Em jeito de nota prévia, diga-se que a realidade do domínio intersocietário abarca um tão grande número de instrumentos para o exercício da influência dominante que a conceptualização de um conceito jurídico-funcional dessa influência não pode perder de vista a necessidade de abarcar esses vários instrumentos. Assim, qualquer solução de princípio a que se chegue nesta sede, deverá ser confrontada em cada caso concreto, com possíveis situações de desvio, que mereçam idêntica tutela do direito.

Em primeiro lugar, conclui-se que a existência de uma relação de domínio societário, não exige mais do que a mera potencialidade do exercício de influência dominante. É a própria letra do n.º 1 do artigo em análise que o esclarece: a utilização da terminologia “*pode exercer*”, não deixa espaço para dúvidas. Assim, bastará para que se considere a existência de uma relação de domínio, a possibilidade de a sociedade dominante poder exercer essa influência sobre a sociedade dependente, sendo indiferente se essa influência é efectivamente exercida.⁴⁶

Como refere Rui Pereira Dias⁴⁷ será, no entanto, de exigir uma “*relativa certeza ou segurança nesse potencial exercício de influência*”, isto porque, como vimos, a sociedade dominante tem que ter a possibilidade de exercer a sua influência sobre a dependente, sem que essa possibilidade possa ser excluída por vontade da própria dominada, ou por qualquer vontade alheia. Assim, importa que a influência geradora de uma relação de domínio seja controlável pela sociedade pretensamente dominante.

Ainda que potencial, o domínio apenas se revelará determinante naquelas situações em que a influência se exprima de forma estável e estrutural, e não fruto da ocorrência de factores

⁴⁵ Neste sentido, vide (ANTUNES J. E., 2002, pp. 471-474).

⁴⁶ Nesse sentido, vide (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 605); (DIAS, 2014, p. 83); (ANTUNES J. E., 2002, p. 454).

⁴⁷ (DIAS, 2014, p. 84).

ocasionais ou conjunturais, não controláveis pela sociedade dominante⁴⁸. Assim, num caso isolado, em que devido à dispersão de capital ou do abstencionismo accionista, uma sociedade que detenha uma participação reduzida de capital de outra sociedade, consiga aprovar uma deliberação social, não se estará perante uma situação de domínio relevante. No entanto, já diferente deste, será o caso em que uma sociedade possa prever que, em face da passividade accionista frequente, a sua reduzida participação ou reduzido número de votos, serão normalmente suficientes para impor a respectiva vontade no órgão deliberativo daquelouta sociedade. Nesta e noutras situações, embora não exista uma maioria formal (que accione a presunção das als. a) ou b) do Art. 486º CSC em análise) existe uma maioria de facto, estável e duradoura, capaz de conferir à sociedade controladora a possibilidade de exercer uma influência dominante⁴⁹. Desta forma é analisando cada caso, que será possível concluir se uma situação concreta é passível de gerar um domínio estável societariamente relevante.

Mas embora se tenha que identificar uma estabilidade na influência dominante, não se exige, nem se poderia exigir uma duração temporal mínima para a respectiva existência⁵⁰. Esta solução assenta, em primeiro lugar, no facto de a própria lei não delimitar temporalmente a relação de domínio. Por outro lado, e se outra fosse a solução a que se chegasse, a garantia da eficácia das normas jurídico-societárias poderia estar em causa: a sociedade dominante poderia sempre fazer valer o seu propósito de domínio num espaço temporal mais reduzido do que o legalmente previsto, criando uma subversão das normas jurídicas e insegurança jurídica.

Afigura-se, ainda, de acolher a não exigibilidade do exercício imediato dos poderes decorrentes do domínio. Adiantando que o exercício de influência dominante assenta primordialmente na possibilidade de influenciar o curso da administração da sociedade dependente⁵¹, não é relevante aferir se a sociedade accionista maioritária já utilizou a sua posição na assembleia de accionistas para, por exemplo, nomear um corpo directivo com pessoas por si escolhidas. Basta pensar que, do sócio maioritário depende, no fim de contas, a reeleição ou destituição dos órgãos administrativos. Assim, a mera aquisição de uma maioria de capital que confira um direito de voto maioritário a um accionista, é já susceptível de lhe

⁴⁸ Nesse sentido, Cecília Xavier esclarece que “o domínio que uma sociedade exerce sobre outra não deve ser originado apenas por factores esporádicos, mas resultar de um conjunto de factores que contribuíram para criar uma situação continuada com efeitos jurídicos” (XAVIER, 1993, p. 590).

⁴⁹ (ANTUNES J. E., 2002, p. 459); (DIAS, 2014, p. 87).

⁵⁰ Esta solução, em nada contraria a necessária estabilidade que supra expusemos: como afirma Engrácia Antunes, “estabilidade não significa que a influência dominante deva ter uma certa duração, mas sim que ela não deve resultar de factores fortuitos ou conjunturais, que a sociedade não podia prever ou controlar e com os quais não podia razoavelmente contar”. (ANTUNES J. E., 2002, p. 460).

⁵¹ Analisaremos de seguida de que forma é que essa influência poderá ocorrer.

permitir impor a sua vontade na gestão da vida da sociedade participada. Nesse mesmo sentido, aponta a presunção da al. c) do n.º 2 do Art. 486.º: a mera “*possibilidade de designação de mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização*”, faz presumir a existência de uma influência dominante. Tal previsão revela o entendimento por parte do legislador de que os órgãos de administração de uma sociedade, movidos pelo interesse na sua reeleição, não deixarão de se guiar pelo interesse do accionista maioritário, ainda que não tenham sido eleitos por ele. Assim, a influência dominante relevante não exige o seu exercício imediato. Nas palavras de Rui Pereira Dias⁵², “*o que verdadeiramente releva é saber se o sócio tem ou não, provavelmente, a possibilidade de influenciar o curso da administração da sociedade dependente, aferida sob o enfoque da sociedade dependente*”.

Outra questão se se suscita neste domínio é o da amplitude da influência dominante jurídico-societariamente relevante. A questão aqui levantada é a de determinar se bastará a influência meramente sectorial, circunscrita a apenas uma particular área da gestão da sociedade dependente, ou se pelo contrário deverá tratar-se de uma influência de carácter geral⁵³. A questão tem especial relevância quando pensamos que a empresa moderna abarca na sua organização uma grande diversidade de segmentos de mercado, cuja gestão se encontra repartida entre várias áreas funcionais. A título de exemplo, (e ainda que infra se analise a relevância jus societária deste tipo de casos existentes na relação com entidades não detentoras de participações sociais⁵⁴), pense-se numa sociedade participante, cuja actividade se centre no ramo industrial, e que detenha o exclusivo da produção de um determinado produto, crucial para a actividade da sociedade sua participada. Ainda que a sua participação minoritária não lhe confira um controlo directo sobre os órgãos de gestão, a sua influência na política empresarial da outra sociedade, ao ter uma “palavra” decisiva na definição dos preços, das margens de lucro, da gestão de *stock* (entre outros), confere-lhe já um carácter verdadeiramente dominante. Assim, nota-se que, as mais das vezes, um domínio sectorial não produz os seus efeitos apenas num sector específico, gerando frequentemente efeitos que se repercutem sobre toda a actividade económica da empresa⁵⁵. É, por isso, de concluir que, por

⁵² (DIAS, 2014, p. 88).

⁵³ Cecília Xavier, sintetiza a questão ao afirmar que “*Tal domínio deve também reportar-se não só a um sector da actividade da sociedade dominada, mas abarca-la de forma genérica*” (XAVIER, 1993, p. 590). Embora a afirmação esteja correta, veremos que a influência (directa) em apenas um sector de actividade, é capaz de produzir os seus efeitos nos restantes, adquirindo já essa amplitude “*genérica*” e geral.

⁵⁴ Sobre a relevância societária das formas de controlo económico de uma sociedade, ver infra, p. 27ss.

⁵⁵ Para uma imprescindível análise detalhada desta característica da influência dominante vide (ANTUNES J. E., 2002, pp. 464-469).

princípio, a relação de domínio não pressupõe que a influência intersocietária se projecte sobre todos os sectores de actividade e da gestão empresarial de uma sociedade dependente, relevante é aferir se as áreas mais preponderantes da actividade objecto da sociedade dependente estão abrangidas por esse controlo (directa ou indirectamente).

Relacionada com a questão da extensão da influência, agora não ao nível dos sectores de actividade da sociedade, mas ao nível estrutural, é a interrogação que surge em torno de saber se o domínio relevante em sede societária é apenas o que apresenta um carácter orgânico, exercido no contexto dos órgãos sociais da sociedade dependente, ou se qualquer outra forma de domínio das políticas de gestão de uma sociedade, exercido externamente às estruturas orgânicas de uma empresa, é igualmente determinante. A posição de Engrácia Antunes nesta matéria⁵⁶ é a de que apenas a influência “*que seja exercida no contexto dos órgãos sociais da sociedade dependente e que seja exercida através deles*” tem relevância nesta sede, uma vez que apenas aos “*órgãos sociais legal e estatutariamente constituídos*” podem ser imputados actos ou omissões respeitantes à direcção da actividade da sociedade, uma vez que “*são estes os legítimos responsáveis pela formação da vontade imputável à pessoa colectiva sociedade comercial (órgãos internos) e legítimos representantes desta última no tráfico jurídico (órgãos externos)*”. No mesmo sentido, Ana Perestrelo de Oliveira⁵⁷, considera que “*A influência dominante surge como o poder que assiste à sociedade dominante de (imediata ou mediata) agir sobre o governo societário da dependente*” (seja, como vimos, pelo poder de escolha dos administradores, seja pelo poder exercido sobre a assembleia geral da sociedade controlada, e inerente “força persuasiva” sobre o comportamento dos mesmos).

Embora se afigure fundamentada a solução de que o domínio relevante no âmbito desta relação de coligação prevista no CSC será o exercido no contexto organizativo-institucional da sociedade dominada, não parece de seguir a visão tão restritiva perfilhada pelos autores citados, de que essa influência apenas pode ser exercida nos órgãos societariamente constituído. Isto porque, como vem sendo crescentemente reconhecido na doutrina⁵⁸ a conduta do *administrador de facto* tem uma relevância societária (nomeadamente em termos da sua responsabilidade) de igual valor. Assim, concordamos que esta questão deve ser aferida nos termos expostos por Rui Pereira Dias⁵⁹: “*Imaginemos uma pessoa [v.g. designada por uma sociedade detentora de participação significativa no capital de outra sociedade],*

⁵⁶ (ANTUNES J. E., 2002, pp. 469-470).

⁵⁷ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2009, anot. 20).

⁵⁸ Por todos, veja-se o perfilhado por Maria de Fátima Ribeiro, (RIBEIRO, 2009, p. 457ss.).

⁵⁹ (DIAS, 2014, p. 89).

que ostenta um estatuto diverso do de administrador (v.g. director geral, gerente de comércio, procurador para a prática de determinada categoria de actos), mas desempenha funções de gestão com a autonomia própria dos administradores de direito: deverá a influência exercida pelo sócio, por esse meio, ser considerada fáctica e não orgânica, ... e por esse modo não relevar para o estabelecimento da relação de domínio?” Parece-nos que, por tudo o exposto, a resposta a essa questão tem que ser negativa. Assim, o domínio relevante nesta matéria será o exercido no contexto organizativo-institucional da sociedade dominada, ainda que exercida fora dos órgãos sociais legal e estatutariamente instituídos.⁶⁰

Finalmente, a influência dominante, juridicamente relevante nos termos que agora ocupam a nossa atenção, é, por regra, apenas a activa ou positiva: apenas quando uma sociedade possa positivamente influenciar a condução geral dos negócios de uma outra sociedade, se deverá falar da existência de uma influência dominante. Esta será, no entanto, e à semelhança de outras características já analisadas, uma *solução de princípio*. Assim, casos haverá em que o ascendente ao nível económico-fático (e.g. accionista comprador monopolístico de um produto), ou a detenção de uma participação minoritária “*de bloqueio*”, são jus societariamente importantes. *In extremis*, uma coacção negativa que impeça a tomada de deliberações sociais fundamentais à viabilidade económica de uma empresa, ou a celebração de acordos externos economicamente vantajosos, é tão ou mais *dominante*, que uma outra coacção positiva. Relevante, é perceber se existem instrumentos “*suficientemente poderosos para originar uma irreversível submissão da sociedade participada à vontade da participante*”⁶¹, capazes de produzir os seus efeitos (de forma estável) sobre a autonomia de decisão da sociedade dependente.

Aqui chegados, vemos reunidas as condições necessárias para apontar uma conceptualização de influência dominante, que juridicamente importa à concretização do conceito indeterminado previsto no n.º 1 do Art. 486.º do CSC: assim, *influência dominante* será aquela que *potencialmente* seja exercível, *directa* ou *indirectamente*, por uma sociedade comercial noutra, de forma *suficientemente estável*, ainda que *sem duração temporal mínima*, e ainda que *não exercida de forma imediata*, e de amplitude *não meramente sectorial*, mas

⁶⁰ Questão diversa da analisada é a de apurar da relevância de situações de dependência fática ou económica que permitem a uma sociedade, que não participe directa ou indirectamente nos órgãos sociais da sociedade pretensamente controlada, exercer um controlo relevante sobre a condução da gestão da mesma. Procuraremos dar resposta a esta questão mais adiante (p. 27ss).

⁶¹ (ANTUNES J. E., 2002, pp. 474-481).

que incida ao nível da *estrutura organizativo-institucional da sociedade*, sendo, por princípio, *positiva*.

Instrumentos de exercício de influência dominante

As presunções de domínio

Uma vez vistas as características da influência dominante, juridicamente relevante para preencher a *facti species* da norma, e que permite identificar a existência de uma relação de domínio, importa analisar quais os instrumentos que estão ao dispor de uma sociedade para o exercício dessa influência.

No n.º 2 do Art. 486.º, o legislador estabelece expressamente três presunções legais⁶² de situações em que uma sociedade se presume dependente de outra e, portanto, em que existe uma influência dominante, geradora de uma relação de domínio, sendo elas as situações em que essa sociedade, “a) *Detém uma participação maioritária no capital; b) Dispõe de mais de metade dos votos; c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização*”.

A consagração destas situações como presuntivas de uma relação de domínio, tem subjacente “o dado da experiência segundo o qual, aos instrumentos de domínio intersocietário nelas contidos vai geralmente associada, em favor do respectivo titular, a possibilidade de impor o cunho da sua vontade no contexto dos órgãos deliberativos e administrativos de uma sociedade, determinando assim, de forma directa ou indirecta, o sentido do governo societário corporativo e da gestão empresarial desta”⁶³. Assim, as referidas presunções,

⁶² Nos termos do Art. 359.º do Código Civil: “*presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*”. Nesse sentido, precisa o Art. 350.º que “*quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz*”. Assim, as presunções (legais) relacionam-se com o regime do ónus probatório: ao contrário do regime regra do Art. 342.º (“*àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado*”), uma presunção legal inverte o ónus de prova, nos termos do n.º 1 do Art. 344.º: provada a existência no caso concreto das situações previstas numa presunção legal, considera-se ao mesmo tempo provado o facto presumido (neste caso, a influência dominante). Para uma análise da figura das presunções legais vide (Machado, 2006, pp. 111-112).

⁶³ (ANTUNES J. E., 2002, p. 553).

assentam em “juízos fundamentalmente formais, que procuram ultrapassar a indefinição conceptual do n.º 1, e alcançar critérios objectivos, exactos e claros no seu funcionamento”⁶⁴,

A sua previsão é, como vimos, um elemento relevante a ser considerado pelo intérprete na valoração conceptual do que afinal se entende por influência dominante. No entanto, e como veremos, elas não esgotam em si todos os instrumentos de exercício de domínio intersocietário, não sendo o objectivo da sua consagração uma enumeração exaustiva⁶⁵ das situações em que esse domínio exista. Antes, são uma ferramenta jurídica, ao dispor de quem as invoque, para fazer valer os direitos que dependam da averiguação de tal situação de domínio. Caso estas presunções não estivessem consagradas, a tarefa de quem pretendesse provar a existência de uma relação de domínio estaria dificultada, tendo eventualmente que provar, no caso concreto, a verificação de cada uma das características atrás analisadas. Assim, face à experiência que a detenção de certos instrumentos redundam, com grande probabilidade, na verificação de uma situação de dependência, são estabelecidas as referidas presunções legais, de modo a facilitar a tarefa probatória. Sem prejuízo do exposto, e caso se pretenda provar que um outro instrumento é gerador dessa dependência, haverá que fazer prova da correspondente influência dominante, no caso concreto.

Como é pacífico na doutrina⁶⁶, estas presunções constituem meras presunções ilidíveis ou “*iuris tantum*”⁶⁷. De facto, e como veremos, a detenção da maioria de capital, por exemplo, pode não assegurar a influência dominante⁶⁸, por nomeadamente não lhe corresponder um número de votos maioritário e não poder designar a maioria dos membros dos órgãos sociais. Assim, e embora corra contra o detentor de um desses instrumentos a presunção de que ele dispõe já de uma influência na sociedade presumivelmente dominada, bastará para a afastar, a

⁶⁴ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2017, p. 41), acompanhando a visão de Menezes Cordeiro, (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 812).

⁶⁵ Ao contrário do preceituado por Cecília Xavier (XAVIER, 1993, p. 588ss.), pugnando pela taxatividade dos instrumentos previstos no n.º 2 do Art. 486º CSC, como fontes de uma relação de domínio, encaramos a consagração das presunções do referido normativo como um critério meramente formal, auxiliador do trabalho do intérprete, sem abarcar em si todo o universo de instrumentos capazes de criar uma influência de carácter dominante nesta sede.

⁶⁶ Entre outros, vide (CARREIRA, 1992, p. 67); (GRAÇA TRIGO, 1991, p. 63); (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2017, p. 41, nota 74); (ANTUNES J. E., 2002, pp. 554-556); (FIGUEIRA, 1990, p. 47).

⁶⁷ Nas palavras de Baptista Machado, “*As presunções iuris tantum são aquelas que podem ser ilididas mediante prova em contrário... cedem perante a prova de que o facto presumido não acompanhou o facto que serve de base à presunção legal*”. (Machado, 2006, p. 112).

⁶⁸ Nas palavras de Eliseu Figueira (FIGUEIRA, 1990, p. 47), a detenção de uma participação maioritária no capital de uma outra sociedade consubstancia apenas uma presunção de mero carácter relativo, uma vez que, como se percebe, à maioria de capital poderão estar associadas, por exemplo, limitações legais ou convencionais do direito de voto. Já em relação às als. b) c), embora sejam igualmente passíveis de serem elididas, as presunções “*têm carácter absoluto, tornando mais difícil à parte interessada provar que não se verifica, nessas hipóteses, a possibilidade de exercício, directa ou indirectamente, de uma influência dominante*”.

prova de que um desses instrumentos não existe, ou que independentemente da sua existência, o seu titular não retirou “*qualquer possibilidade de exercício de uma influência dominante no caso concreto*”⁶⁹.

Ir-se-á então proceder à análise de alguns dos instrumentos de domínio intersocietário, mais relevantes (por serem, por um lado, os mais frequentes, ou por outro, os que mais dúvidas levantam relativamente à criação de uma relação de domínio), para compreender de que forma é que os mesmos podem (ou não) estar na origem de uma influência dominante.

O poder de voto como instrumento de domínio por excelência

Pelo título da presente secção se percebe que a exposição que se segue não se inicia com a análise do instrumento de domínio a que o legislador oferece o primeiro lugar na sua lista de presunções. Assim é, por se entender que apenas quando a uma participação maioritária estiver associado um poder maioritário de voto, é que aquela valerá como instrumento de domínio. A consagração da presunção da al. a) tem em vista as situações de princípio em que as duas maiorias andem a par. No entanto, bastará que se comprove não ser essa a realidade, para afastar a referida presunção.

De facto, quer assente em limitações legais ou convencionais, identificam-se inúmeras hipóteses em que a uma participação acima dos 50% no capital de uma sociedade não anda associada a uma maioria votante nos órgãos deliberativos da sociedade dependente. Identificam-se ainda vários outros tipos de instrumentos que conferem uma maioria votante sem que o seu titular seja detentor de uma maioria de capital. Assim, parece de concluir, partilhando da visão de Rui Pereira Dias⁷⁰, “*que o principal meio de exercício de influência dominante numa sociedade é o poder de voto*”. À mesma conclusão chega Engrácia Antunes, ao entender que “*a pertinência de uma participação maioritária de capital como instrumento de domínio não resulta “per se” mas apenas na medida do efectivo poder de voto que em concreto seja susceptível de conferir à sociedade participante*”⁷¹. Vejamos.

O poder maioritário de voto, como instrumento de domínio por excelência, é aquele que permite a quem o detenha, a imposição da sua vontade no governo societário da sociedade

⁶⁹ (ANTUNES J. E., 2002, p. 557). Para uma análise detalhada sobre as formas de refutação das presunções em análise, vide o Autor citado (pp. 558-569).

⁷⁰ (DIAS, 2014, p. 93).

⁷¹ (ANTUNES J. E., 2002, p. 492).

dominada. Esse facto resulta, desde logo, e como se viu, do poder exercido de forma mediata na administração da sociedade. Isto, por caber ao sócio dominante a eleição, destituição, ou reeleição dos seus membros (Arts. 252.º, n.º 2; 257.º, n.º 1, 386.º, n.º 2, 376.º, n.º1, c); 403.º CSC). É este o motivo das palavras de Ana Perestrelo de Oliveira, ao afirmar que “*os administradores seguem as directrizes (“confidenciais”) dos accionistas*”⁷². Tal sucede, por ser a estes que os mesmos têm que prestar contas, ainda que, não tenham sido eleitos por eles.

Por outro lado, a maioria de votos no colégio dos sócios é susceptível de conferir um poder imediato na condução da gestão social, bastante mais intenso no caso de a sociedade dominada revestir a forma de sociedades por quotas: nestas, são conferidas à Assembleia Geral, amplas competências nas várias matérias da vida social e mesmo de gestão da empresa social (Cfr. Art. 246.º CSC); ao que acresce a subordinação geral da gerência, no exercício das suas competências, às deliberações dos sócios (Cfr. 259.º CSC).

Demonstrando que o poder maioritário de voto adquire um lugar de destaque, entre os previstos na norma do Art. 486.º, n.º 2 é agora relevante expor de forma breve, alguns meios ao dispor de uma sociedade para a aquisição dessa maioria, potenciadora do controlo gestão de toda a sociedade, bem como de outros instrumento que permitam essa condução, independentemente da existência de uma maioria votante.⁷³

Participação maioritária no capital da sociedade

Sem dúvida que se entende o sentido da consagração da presunção da al. a) do Art. 486.º CSC. Se uma sociedade for detentora de mais de 50% das participações sociais noutra, por via do princípio geral segundo o qual, a cada acção ou (fracção do valor nominal) da quota estará associado um voto (Arts. 250.º, n. 1 e 384.º, n.º1), ela será também detentora da maioria dos votos existentes, e portanto, estará em posição de determinar o rumo da gestão societária, nos termos acima expostos. Contudo, nem sempre será assim. Existe um sem número de excepções, de fonte legal, estatutária ou contratual, que resultam na divergência entre o valor

⁷² (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2017, p. 41).

⁷³ Sendo muitos e insistemizáveis os instrumentos de exercício de uma influência dominante, não se pretende, com esta exposição, enumerar senão aqueles que, por um lado, permitam compreender o funcionamento das presunções consagradas no Art. 486.º CSC, e por outro, delimitar até onde o conceito de influência dominante, em análise, deve ir. Para uma análise completa dos instrumentos de influência dominante, veja-se, por todos (ANTUNES J. E., 2002, pp. 483-434); (CARREIRA, 1992, pp. 48ss., 66ss); (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 126ss.).

do capital e o número de votos. Procurar-se-á, enunciar algumas, de entre as várias situações em que esta assimetria se verifica.

Desde logo, essa assimetria verifica-se no caso da existência de acções preferenciais sem voto⁷⁴, previstas nos estatutos sociais de uma sociedade (Arts. 24.º e 341.º ss). Seguindo o exemplo apresentado por Rui Pereira Dias⁷⁵, numa sociedade em que foram emitidas 100.000 acções, todas com o mesmo valor nominal, sendo 50.000 acções preferenciais sem voto, detidas pelo accionista A⁷⁶, e as restantes acções (ordinárias, todas elas), detidas por quatro outros accionistas, na proporção de 4.999 o B, 10.000 o C, 10.000 o D e 25.001 o accionista E, embora seja o accionista A quem detém a maioria do capital social da sociedade, e portanto quem obterá mais dividendos, a maioria no poder de voto – e aquela que importa para aferir quem detém a influência sobre a sociedade – é detida pelo accionista E⁷⁷.

Noutros casos, a verificação da existência de uma participação de 50%⁷⁸ do capital da sociedade, susceptível de accionar a presunção do al. a) do Art., pode não ser de imediata aferição. Falamos dos casos da existência de acções (ou quotas) próprias. Ao contrário do princípio geral da não dedutibilidade das autoparticipações, as finalidades da norma em análise, fazem com que se entenda que no apuramento da participação relevante – para a existência de uma relação de domínio – se exclua o capital não votante⁷⁹. Assim, do capital social da sociedade participada a considerar, excluem-se as acções próprias da mesma sociedade, para o confrontar com o capital social nominal votante detido por um sócio, e aferir se o produto dessa divisão corresponde a uma maioria votante, capaz de lhe conferir uma influência dominante.

⁷⁴ Nas palavras de Abílio Neto “As acções preferenciais sem voto, como a sua própria designação desde logo inculca, caracterizam-se por duas vantagens, aliadas a uma desvantagem: a desvantagem consiste no facto de não conferirem direito de voto (Art. 341, n.º 3 CSC), podendo mesmo ser-lhe recusado o direito de participar individualmente na assembleia geral se o contrato social assim o determinar (Art. 343.º, n.º 1); em contrapartida, conferem direito quer a um dividendo prioritário, quer ao reembolso prioritário do seu valor nominal na liquidação da sociedade, sendo essa a dupla vantagem que lhes está associada”, (NETO, 2007).

⁷⁵ (DIAS, 2014, p. 92).

⁷⁶ Máximo permitido, nos termos do Art. 341.º, n.º1.

⁷⁷ Para a relevância das acções preferenciais sem voto nesta sede, aponta também António Pereira de Almeida (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 606).

⁷⁸ Como explica António Pereira de Almeida, a presunção apenas funciona com uma maioria aritmética de 50%. No caso de se pretender invocar uma maioria de facto (e.g. resultante da passividade accionista frequente e previsível), terá de se provar, nos termos acima analisados, ser a mesma criadora de uma influência dominante estável e estrutural (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 607).

⁷⁹ Para uma análise atenta sobre o papel das Acções Própria no cômputo das participações sociais, em sede de relações intersocietárias, vide (ANTUNES J. E., “Autoparticipações e Cômputo das Participações Intersocietárias”, 2003)

Acordos parassociais de voto – o sindicato de voto⁸⁰

Outro instrumento potencialmente gerador de uma influência dominante é a existência de um Acordo Parassocial (Art. 17.º CSC), frequente na prática societária portuguesa, e portanto, merecedores de particular atenção. Assim, das várias modalidades que estes acordos podem revestir, ganham especial relevância os que conferem o direito unilateral de determinação do sentido do exercício dos direitos de voto, a favor de um, ou de vários sócios (domínio conjunto), que não dispunham, “*per se*”, de uma maioria votante. Face à variedade de acordos possíveis, sua extensão e alcance, importa averiguar, perante um determinado acordo, se este é apto a gerar uma situação de influência dominante, tendo nomeadamente em consideração as características apontadas, ao qual acresce a necessária garantia da sua vinculação pelo colégio de sócios. Assim, importará “*tratar-se, in casu, de um acordo duradouro, não circunscrito a uma específica matéria que interesse ao colégio dos sócios, mas antes de carácter tendencialmente geral, e dotado de garantias sólidas do seu cumprimento*”⁸¹ (*estabilidade e exequibilidade*). Verificada a existência de um acordo que reúna essas características, estar-se-á perante uma maioria votante, determinante da presunção da al. b) do Art., ainda que à mesma não corresponda uma maioria de capital social.

Disposições Estatutárias

Regra geral, a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização cabe, como vimos, ao colégio dos sócios. Mas a autonomização desta situação, na al. c) do Art. 486.º CSC, como fazendo presumir a existência de uma relação de domínio tem uma razão de ser. Assim, e a título de exemplo, casos há em que os estatutos de uma sociedade consagram, já, cláusulas atributivas de prerrogativas na designação ou destituição de administrados, conferindo a um (ou mais) sócios, a possibilidade de exercer essas prerrogativas, ainda que não disponha(m) de uma maioria votante.

Essa possibilidade apresenta contornos bastante diferentes, dependendo do tipo societário que reveste a sociedade dominada. Assim, no caso das sociedades anónimas, as normas

⁸⁰ “O *sindicato de voto (voting trust)*, que é uma das modalidades dos acordos parassociais, consiste no ajuste pelo qual os sócios ou accionistas de uma certa sociedade obrigam-se entre si a votar de maneira concertada nas deliberações sociais dessa sociedade” in Ac. STJ, de 27 de Maio de 2003, disponível em Rev. N.º 1263/03-1ª: Sumários, Maio/2003.

⁸¹ (DIAS, 2014, p. 95).

imperativas consagradas no CSC (nomeadamente o Art. 391.º, n.º 2 CSC), não permitem conferir a um determinado accionista, o direito de designação de administradores (permitindo-se, no entanto, outros meios estatutários que facilitem a obtenção de uma influência dominante – e.g. no mesmo Art. 391.º, 2, é admitido a atribuição de direitos privilegiados a certas acções na designação de uma parte dos membros do Conselho de Administração). Já nas sociedades por quotas, existe uma maior liberdade no que concerne à definição da orientação do governo social em geral. Assim, em matéria de designação dos gerentes da sociedade, é possível estabelecer estatutariamente formas diversas para essa designação, sendo ainda possível atribuir a um determinado sócio essa mesma faculdade (Art. 252.º, n.º 2, 83.º, n.º 1 CSC). Provando-se a existência de uma cláusula deste género, que permita a uma sociedade-sócia a designação dos membros administrativos de uma sociedade, é possível (por força da al. c) do Art. 486.º CSC) presumir a existência de uma relação de domínio intersocietário.

Mais “*duvidosa*”⁸², é a segunda parte da presunção, relativa à designação de mais de metade dos membros do órgão de fiscalização, como facto gerador de uma influência dominante. Essa presunção apenas aparenta ter fundamento, “*nos casos em que uma sociedade tenha adoptado uma estrutura germânica de organização e fiscalização (Art. 278, n.º 1, c)) e ao conselho geral e de supervisão pertença a competência para a nomeação e destituição dos administradores, nos termos do Art. 441.º, a)*”⁸³.

Da relevância das relações fácticas de domínio para um conceito jus societário de influência dominante

Verificado está que quando uma sociedade seja detentora de um instrumento de domínio – seja uma participação maioritária que lhe atribua uma maioria votante no órgão deliberativo, seja uma previsão estatutária, ou outro – que lhe confira a possibilidade de jurídico-societariamente influir na tomada decisão ao nível dos órgãos de administração de uma outra entidade, a sua influência dominante, nos termos consagrados no n.º 1 do Art. 486.º CSC, está plenamente sedimentada. De facto, é perante esta realidade que é normalmente verificável a existência de uma influência (directa ou indirecta) estável, positiva e estruturada, com um

⁸² Como aponta António Pereira de Almeida (PEREIRA DE ALMEIDA, 2011, p. 608).

⁸³ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2017, p. 42).

carácter verdadeiramente geral (produtora de efeitos nas várias áreas de actividade societária), e incidente ao nível da estrutura organizativa do governo societário da sociedade dependente.

Mas é perante outro tipo de relações económicas, detidas entre sociedades comerciais não “ligadas” por participações sociais, mas por contratos geradores de um domínio exclusivamente económico, que essa averiguação se revela menos óbvia. Razão pela qual, a atenção da doutrina e jurisprudência nacionais e internacionais recai sobre elas, com resultados nem sempre pacíficos, e que por isso merecem uma atenção especial. De facto, é no confronto com situações limite, que é possível racionalizar sobre as fronteiras da aplicação de um determinado instituto em estudo.

Fala-se de um grande universo de contratos – de tipo civil e comercial – susceptíveis de criar entre as partes uma relação de domínio, em tudo semelhante à que tem vindo a ser analisada. Nesse universo incluem-se, entre outros, os vários contratos de distribuição (em sentido amplo), *maxime*, o contrato de franquia, contratos de mediação, contratos de comissão, contratos de mútuo, e de crédito em geral, entre outros...⁸⁴. Embora diferentes, quer na sua natureza, quer no seu objecto, este núcleo contratual tem entre si um aspecto comum: a criação de uma potencial situação de dependência de uma das partes, perante outra, que em face da necessidade de exclusivo relacionamento com a contraparte, se sujeita às suas directrizes, que a mais das vezes adquirem um carácter verdadeiramente governativo.

Como afirma Ana Perestrelo de Oliveira⁸⁵, “*A similitude das situações é particularmente clara e típica no caso da relação de “franchising”: franqueador e franqueado encontram-se ligados por contrato de franquia que confere ao primeiro uma posição dominante em assuntos operacionais e conexos, chegando a entender-se que o contrato permite formar uma empresa, da mesma maneira que a relação de propriedade entre empresa-mãe e empresa-filha o permite*”⁸⁶.

A discussão sobre a relevância deste tipo de contratos, para o conceito agora em análise, deve centrar-se essencialmente em duas das características atrás mencionadas: o carácter geral e orgânico dessa influência.

⁸⁴ Para uma exemplificação deste universo contratual, por natureza “*insistematizável*”, vide (ANTUNES J. E., 2002, p. 517; 524ss.).

⁸⁵ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 131).

⁸⁶ Sobre a dependência económica existente nas relações de franquia, que chega a ser apontada como criadora de uma verdadeira subordinação profissional (com a discordância da autora), vide a interessante incursão de Maria de Fátima Ribeiro (FÁTIMA RIBEIRO, 2001, p. 82ss.).

A ser de exigir uma incidência generalizada nas várias áreas da actividade da sociedade dominada, este conjunto de potenciais dominantes, estaria à partida excluído. Como observa Rui Pereira Dias⁸⁷, “*não obstante a importância que a sua conduta venha a ter para o rumo societário da dependente, raramente possuirão uma influência sobre a generalidade da actividade societária*”. Mas como refere o autor, na letra da lei (na sua análise, a alemã, que se adapta para a nossa) não encontramos fundamento para essa exclusão. Ainda, e como se viu, uma influência que incida sobre uma determinada área de actividade de uma sociedade, reporta-se, as mais das vezes, às restantes. No exemplo de um contrato de fornecimento, em que uma sociedade comercial produtora de um determinado bem, com escassa procura no mercado, se relaciona com outra sociedade compradora única deste, a definição desta no escoamento do *stock* daquela, e na fixação dos preços, é claramente determinante de toda a política de produção, gestão e comercialização daquela. Pelo que não é este o critério que poderá levar à exclusão deste tipo de relações da verificação de uma relação de domínio.

É já no campo teleológico, da determinação da *ratio* da disciplina societária relativa ao regime da relação de domínio, que essa resposta pode ser encontrada. De facto, e perspectivando o problema no plano “*de jure constituto*”, a conclusão que acima se chegou, de que apenas a influência exercida no seio da própria organização societária, de natureza “*endojurídico-societária*”⁸⁸ pode ser considerada relevante em termos jurídicos, é de aceitar. Assim, e atendendo às escassas consequências jurídicas específicas associadas à previsão deste tipo de coligação societária, outra não poderia ser a conclusão. Ainda, e já no plano das normas societárias gerais também a esta relação aplicáveis, apenas a conduta dos órgãos internos da sociedade pode ser tida como relevante, para aferir da sua responsabilidade para a tutela dos interesses dos agentes envolvidos.

É neste sentido que grande parte da doutrina nacional perspectiva a intervenção do legislador⁸⁹, positivada no regime da coligação de domínio intersocietário: como acima se explicou, e ao contrário do que sucede com uma sociedade comercial independente, em que se assiste a uma convergência de interesses entre os sócios, credores sociais e administradores,

⁸⁷ (DIAS, 2014, p. 100).

⁸⁸ (ANTUNES J. E., 2002, p. 530).

⁸⁹ No mesmo sentido de algumas decisões jurisprudenciais (Ac. STJ de 3 de Maio de 2000, relator Diniz Nunes, disponível em dgsi.pt), que considerou que, “*se existe uma relação entre sociedades comerciais que passa sobretudo por um controlo em termos económicos de uma das sociedades sobre a outra, subsistindo esta em função das encomendas que a primeira lhe proporciona, inexistente uma relação jurídica de domínio (total ou parcial) ou de subordinação, o que afasta o seu enquadramento no quadro legalmente definido de grupos de sociedades*”.

na procura da máxima obtenção do lucro societário, quando sociedades comerciais adquirem participações sociais noutras sociedades, o seu interesse social externo irá sobrepor-se ao interesse social próprio da sociedade dominada. Esta “entorse” é a que estará na base da consagração dos Arts. 481.ºss, direccionados para a protecção dos interesses daqueles que possam ser afectados por este processo de “*instrumentalização endo-orgânica de uma empresa societária*”⁹⁰. Esta perspectiva⁹¹, leva a que se conclua que influências de carácter fáctico ou económico, originadas por factores exógenos à estrutura societária, devam ser encaradas como um risco normal de empresas que atuam num mercado aberto e competitivo, que “*não se distingue qualitativamente dos riscos por definição inerentes às actividades de investimento, a que estão expostos, de modo igual, todos os agentes económicos*”⁹², pelo que não cabe ao direito societário dar resposta a este risco de dependência económica, que é já disciplinado pelo direito civil e da concorrência.

Por tudo o exposto, no plano das normas jurídico societárias positivadas, outra não poderá ser a solução que não aderir às mencionadas conclusões da doutrina dominante. Diferente será, e num plano “*de iure constituendo*”, se à semelhança de vários autores⁹³ nacionais e estrangeiros, e em face das já comprovadas omissões da regulamentação desta problemática no sistema jurídico nacional, se centrar a análise no plano da protecção dos interesses em conflito. As preocupações que a temática do controlo intersocietário resultante da detenção de participações intersocietária levanta deverão igualmente ser analisadas no âmbito de relações contratuais que conferem um poder desproporcional à sociedade dominante, e que lhes conferem uma posição equivalente em termos de domínio e de dependência. Nas palavras de Blumberg⁹⁴, “*estas relações são caracterizadas pelos mesmos factores de “controlo” (ainda que assentes em bases contratuais, e não participativas), como sejam a condução colectiva de uma entidade economicamente integrada, a utilização de uma imagem pública idêntica, e interdependência financeira e administrativa*”. Nas palavras de Ana Perestrelo de Oliveira⁹⁵, “*sempre que estes factores (indiciários) se verifiquem – real ou potencialmente – estão reunidos os pressupostos do tratamento conjunto do controlo externo (exercido por não*

⁹⁰ (ANTUNES J. E., 2002, p. 530).

⁹¹ Adoptada, em geral, pelos vários autores nacionais (e.g., DIAS, 2014, p. 101).

⁹² (ANTUNES J. E., 2002, p. 533).

⁹³ Em Portugal, veja-se o notável trabalho de Ana Perestrelo de Oliveira, (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 130ss.).

⁹⁴ (Blumberg, 2005, p. 613), tradução livre, original em inglês.

⁹⁵ (PERESTRELO DE OLIVEIRA, 2012, p. 131). Como dá nota a Autora, no âmbito do direito Alemão, determinados acordos foram já intitulados como “*contratos de subordinação ocultos*”.

accionistas, numa base não institucional) e do controlo interno (exercido por accionistas controladores ou por via de contrato de subordinação)”.

Não cabendo no escopo da presente exposição o estudo dos possíveis mecanismos que estabeleceriam uma tutela eficaz e integrada de todas as situações em que um domínio intersocietário (de facto) existe⁹⁶, a semelhança entre os vários tipos de situações, e dos riscos que levantam para os sujeitos envolvidos, é reveladora da necessidade de um tratamento conjunto do controlo, quer exercido em termos internos, quer exercido em termos externos à esfera social.

Ainda que, da análise do regime jurídico actual do CSC, seja inevitável concluir pela exclusão deste tipo de relações no âmbito de aplicação das suas normas (estabelecendo o limite da influência dominante de relevo nesta sede, como aquela desenvolvida em termos endo-societários), fica claro que as necessidades de uma regulamentação mais apta a dar uma resposta eficaz ao problema do domínio de sociedades por sociedades, são as mesmas identificadas aquando da existência de contratos geradores de uma influência económica verdadeiramente dominante.

⁹⁶ Como já se tem deixado dito, abordadas na acepção de Ana Perestrelo de Oliveira do seu “*Critério Unitário de Solução do Conflito de Grupo*”.

Conclusão

A proliferação do fenómeno do controlo intersocietário apresenta ao Direito das Sociedades Comerciais uma mudança no paradigma em que assentam os seus alicerces. Os princípios gerais que moldam as normas disciplinadoras da realidade societária individual e independente conhecem naquele fenómeno a inépcia da sua aplicabilidade, motivada pela diferença nos interesses visados pelas entidades que a ele recorrem.

Sendo pretensão do Direito, como ciência social, um acompanhamento da realidade material, as mutações das técnicas utilizadas pelos agentes económicos, devem ser seguidas de perto por um normativo que as compreenda, e que apresente consequências jurídicas eficazes a tutelar os novos desequilíbrios gerados entre os sujeitos. Assiste-se ao facto de o domínio de sociedades por sociedades, embora apresentando um papel verdadeiramente protagonista no panorama societário actual, não conhece um regime jurídico completo e eficaz no ordenamento jurídico português. Este desfasamento do Direito com a realidade leva ao aproveitamento de lacunas legais, e à criação de desequilíbrios de forças entre os sujeitos.

Um regime jurídico completo pressupõe, para a eficácia das consequências jurídicas a consagrar, um âmbito de aplicação abrangente, que não olvide situações merecedoras da sua tutela. Verifica-se que o universo dos meios geradores de domínio intersocietário é vasto e de características muito variáveis. Ainda, a forma como esse domínio é exercido, e a influência que por ele é criada, podem ter contornos bastante distintos, que apenas no caso concreto são passíveis de ser valorados. Sendo o domínio intersocietário, uma realidade de difícil sistematização, a sua positivação requer do legislador a utilização de técnicas legislativas abertas, que permitam ao intérprete a aplicação da norma às várias realidades equiparadas.

Conclui-se, assim, que o intérprete, na procura de um conceito unitário de controlo, deve ter presente a teleologia do regime que se pretende consagrar. Como se viu, na base dessa consagração está a constatação de que os interesses prosseguidos pelo fenómeno do controlo intersocietário são diferentes dos que movem os detentores de uma sociedade comercial individual e independente. Assim, é a identificação dos sujeitos que podem ver a sua esfera jurídica enfraquecida por este fenómeno, e dos interesses em causa, que deve guiar o intérprete na conceptualização do mesmo. Se com essa identificação se constatar que situações vizinhas são aptas a gerar os mesmos perigos, não se pode negar tutela idêntica na aplicação das normas em causa.

Bibliografia

- ANTUNES, J. E. (2002), "*O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas*", in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, pp. 95-116, Coimbra, Almedina.
- ANTUNES, J. E. (2002), "*Os Grupos de Sociedades - Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*", 2.^a ed., Coimbra, Almedina.
- ANTUNES, J. E. (2003), "*Autoparticipações e Cômputo das Participações Intersocietárias*", in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, pp. 275-291, Coimbra, Coimbra Editora.
- ANTUNES, J. E. (2005), "*Enterprise Forms and Enterprise Liability, Is There a Paradox in Modern Corporation Law?*", in Revista da FDUP, pp. 187-225.
- ANTUNES, J. E. (2008), "*The Law of Corporate Groups in Portugal*", in Institute For Law and Finance, Working Paper Series No. 84.
- ANTUNES, J. E. (2013), "*Direito das Sociedades*", 4.^o ed., Porto, Universidade Católica Editora.
- Blumberg, P. (2005), "*The Transformation of Modern Corporation Law: The Law of Corporate Groups*", in University of Connecticut: Faculty Articles and Papers.
- CARREIRA, M. (1992), "*Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades - Aspectos Históricos, Económicos e Jurídicos*", 1.^a ed., Porto, Edições ASA.
- CORREIA, L. B. (1988), "*Grupos de Sociedades*", in Novas Perspectivas do Direito Comercial, pp. 377-399, Coimbra, Almedina.

- DIAS, R. P. (2014), "*Comentário ao Art. 486.º*", in Código das Sociedades Comerciais em Comentário - Vol. VII, pp. 75-104, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Coimbra, Almedina.
- FÁTIMA RIBEIRO, M. d. (2001), "*O Contrato de Franquia*", 1.^a ed., Coimbra, Almedina.
- FIGUEIRA, E. (1990), "*Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades - Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresas e sua disciplina jurídica*", in CJ, ano XV, tomo 4, pp. 38-59.
- GONÇALVES DA SILVA, F., & ESTEVES PEREIRA, S. (1991), "*Contabilidade das Sociedades*", 9.^a ed., Plátano Editora.
- GRAÇA TRIGO, M. d. (1991), "*Grupos de Sociedades*", in O Direito, Ano 123º, Tomo I, pp. 41-114.
- HADDEN, T. (1984), "*Inside Corporate Groups*", in International Journal of the Sociology Law, pp. 271-276.
- Machado, J. B. (2006), "*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*", 15.^a ed., Coimbra, Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2004), "*Manual de Direito das Sociedades*", Vol. I., Coimbra, Almedina.
- NETO, A. (2007). "*Código das Sociedades Comerciais - jurisprudência e doutrina*", 4.^a ed., Lisboa, Ediforum Editora.
- OLAVO CUNHA, P. (2010), "*Lições de Direito Comercial*", Coimbra, Almedina.
- PEREIRA DE ALMEIDA, A. (2011), "*Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*", 6.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora.

- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2009), "*Comentário ao Art. 486.º CSC*", in Código das Sociedades Comerciais Anotado, coord. A. MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2012), "*Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*", Lisboa, Almedina.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2017), "*Manual de Grupos de Sociedades*", Coimbra, Almedina.
- RIBEIRO, M. d. (2009), "*A tutela dos credores das sociedades por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*", Coimbra, Almedina.
- VENTURA, R. (1994), "*Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*", Coimbra, Almedina.
- Ventura, R. (1979), "*Participações Dominantes: alguns aspectos do domínio de sociedades por sociedades*", in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 39, Vol. I, pp. 14-17.
- XAVIER, C. (1993), "*Coligações de Sociedades Comerciais*", in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 53, Vol. III, Vol. III, pp. 587-588.

Jurisprudência:

- Ac. STJ, de 27 de Maio de 2003, disponível em Rev. N.º 1263/03-1ª: Sumários, Maio/2003.
- Ac. STJ, de 3 de Maio de 2000, relator: Diniz Nunes, disponível em www.dgsi.pt.